

**WYROK**

**z dnia 30 czerwca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budownictwo Wodno – Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o. ul. Batorego 19, 43-200 Pszczyna oraz Hydro – Bielsko Sp. z o.o. ul. Katowicka 37, 43-346 Bielsko – Biała** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Gminny Zakład Wodociągów i Kanalizacji ul. Mickiewicza 28A, 43-250 Pawłowice**

protestu z dnia 18 maja 2009 r.

przy udziale **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura ul. Mickiewicza 75, 43-250 Pawłowice, CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. ul. Spacerowa 2, 44-266 Świerklany, Geo – Bud T.B.M. Sp. z o.o. ul. Boczna 6, 44-240 Żory** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej z 28 maja 2009 r.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminny Zakład Wodociągów i Kanalizacji ul. Mickiewicza 28A, 43-250 Pawłowice i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budownictwo Wodno – Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o. ul. Batorego 19, 43-200 Pszczyna oraz Hydro – Bielsko Sp. z o.o. ul. Katowicka 37, 43-346 Bielsko – Biała,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminny Zakład Wodociągów i Kanalizacji ul. Mickiewicza 28A, 43-250** na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budownictwo Wodno – Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o. ul. Batorego 19, 43-200 Pszczyna oraz Hydro – Bielsko Sp. z o.o. ul. Katowicka 37, 43-346 Bielsko – Biała** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 3) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budownictwo Wodno – Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o. ul. Batorego 19, 43-200 Pszczyna oraz Hydro – Bielsko Sp. z o.o. ul. Katowicka 37, 43-346 Bielsko – Biała.**

## **U z a s a d n i e**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę kanalizacji sanitarnej w sołectwach Golasowice, Jarząbkowice, Pielgrzymowice w Gminie Pawłowice etap I-VII; etap IV Pielgrzymowice* prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 27 marca 2009 r. pod numerem 81642. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 8.444.984,41 zł.

11 maja 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Odwołującego. 18 maja 2009 r. decyzję tę oprotestowali wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. i Geo – Bud T.B.M. Sp. z o.o., zwani dalej Przystępującym. 22 maja 2009 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił Odwołujący. 28 maja 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego i Przystępującego o rozstrzygnięciu protestu, który częściowo oddalił, a w odniesieniu do jednego zarzutu, dotyczącego nierównoważności zastosowanych przepompowni, uwzględnił. W wyniku uwzględnienia tej części protestu, 28 maja 2009 r., Zamawiający dokonał kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego oraz odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, które uzasadnił, jak i w rozstrzygnięciu protestu, tym, iż Odwołujący nie zaoferował pompowni T5 równoważnej do tłoczni opisanej w projekcie, ponieważ wskazane w ofercie założone parametry pracy, tj. wydajność  $Q$  i wysokość podnoszenia  $H$  nie odpowiadają projektowanym. Projektowana wydajność urządzenia opisanego w dokumentacji wynosi  $Q = 5,55$  l/s,  $H = 32$  m. Zaś odczytując punkt pracy z przedstawionej charakterystyki urządzenia opisanego w ofercie Odwołującego dla przepływu  $Q = 5,55$  l/s wysokość podnoszenia wynosi

około  $H = 31$  m. Zatem wybrane urządzenie nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Od rozstrzygnięcia protestu w uwzględnionym zakresie 2 czerwca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z dopuszczeniem ofert równoważnych w treści pisma z 15 kwietnia 2009 r. i wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w oparciu o fakturę przedstawioną na rozprawie.

Zdaniem Odwołującego jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą, jak też ofertą ważną i niepodlegającą odrzuceniu. Jednak Zamawiający uznał, że zastosowane urządzenie równoważne dla pompowni T5 nie odpowiada wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wysokości podnoszenia urządzeniom projektowanym. Takie stanowisko Zamawiającego jest bezzasadne, bowiem w wyjaśnieniu nr 2 z 15 kwietnia 2009 r. na pytanie dotyczące możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych, powołując się na treść dokumentacji projektowej, Zamawiający dopuścił ujęcie w ofercie i zastosowanie innych równoważnych urządzeń pod warunkiem posiadania przez nie parametrów nie gorszych niż urządzenia, które one zastępują. Jednocześnie w załączniku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w projekcie budowlanym IV etap, w części dotyczącej dokumentacji dla tłoczni na str. 52 opisał parametry tłoczni określonej w projekcie wskazując typ urządzenia i podając parametry techniczne, jakie zastosowane urządzenie musi osiągnąć. W obliczeniach zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla tłoczni T5 dla wydajności pompy  $20,00 \text{ m}^3/\text{h}$  przyjęto sumę wysokości podnoszenia i określono je w wielkości  $29,51 \text{ mSW}$ , tj. metrów słupa wody (str. 52-54 opracowania „7.5. Dokumentacja tłocznie”). Projektant wskazał w tym miejscu, że np. urządzeniem spełniającym ten parametr jest pompa wirowa ST 65/80-195. Tę samą pompę wskazał na str. 46 opracowania (2/7) w pkt. 1.2. wpisując wydajność

pracy zaproponowanego przez projektanta urządzenia z katalogu tej pompy określonej na 32,00 mSW.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dopuszczając urządzenia równoważne ma obowiązek badania równoważności zastosowanych rozwiązań w odniesieniu do ich funkcjonalności, a nie parametrów technicznych konkretnego urządzenia wskazanego przez projektanta. Istota dopuszczenia ofert równoważnych i zastosowania się do brzmienia art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych sprowadza się bowiem do oceny celu, jaki Zamawiający chce osiągnąć w wyniku przeprowadzenia postępowania, a nie do porównywania konkretnych opisów katalogowych urządzenia wskazanego w projekcie, co do którego dopuścił rozwiązania równoważne. Skoro zatem Zamawiający określił, że zastosowane w niniejszym postępowaniu urządzenia ma mieć wydajność, która przy 20,00 m<sup>3</sup>/h będzie osiągać wysokość 29,51 mSW, to nie może odrzucić oferty, w której zaoferowano pompę GRUNDFOS SEV.80.80.75.2.51D o wydajności wynikającej z krzywej sprawności pracy pompy przy Q = 20 m<sup>3</sup>/h (5,55 l/s) 31 mSW, która jest rozwiązaniem równoważnym i spełniającym wymogi Zamawiającego zawarte w opisie przedmiotu zamówienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dokumentacji projektowej będącej częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający (projektant) wskazał tłocznię ścieków AWALIFT 0/2 firmy STRATE z pompami wirowymi ST 65/80 – 195 o wydajności pracy 20m<sup>3</sup>/h – 32,00 mSW (metra słupa wody) oraz przedstawił obliczenia hydrauliczne i orientacyjne koszty zużycia energii elektrycznej, gdzie dla tłoczni Awalift z pompą ST 65/80-195 obliczono wysokość podnoszenia pompy o wartości 29,51 mSW. Jak stwierdziły Strony podczas rozprawy, wartość ta jest wartością, którą zgodnie z przyjętymi założeniami uzyska tłocznia T5 w realnych warunkach Pielgrzymowic.

Odwołujący w ofercie zaoferował przepompownię z pompą GRUNDFOS SEV.80.80.75.2.51D. W uzupełnieniu dokumentów z 6 maja 2009 r. przedstawił Zamawiającemu karty katalogowe potwierdzające parametry pomp pompowni T1, T2, T3, T5, T7, T8, T9 zastosowanych jako urządzenia równoważne do projektowanych tłoczni. Z karty katalogowej dla GRUNDFOS SEV.80.80.75.2.51D (wykres) wynika, iż dla wymaganych 5,55 l/s osiąga ona ok. 31 mSW.

Zamawiający kwestię wymagań dotyczących urządzeń równoważnych opisał w punkcie II ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „W przypadku, gdy w dokumentacji projektowej opisano materiały lub urządzenia za pomocą podania nazwy ich producenta, patentów lub pochodzenia, to w odniesieniu do tych materiałów lub urządzeń zamawiający dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych równoważnych materiałów lub urządzeń pod warunkiem posiadania przez nie parametrów nie gorszych niż materiały lub urządzenia, które one zastępują. W takiej sytuacji zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów uwiarygodniających te materiały lub urządzenia. W przypadku, gdy zastosowanie tych materiałów lub urządzeń wymagać będzie zmiany dokumentacji projektowej koszty tych zmian poniesie Wykonawca.”

Postanowienie to, odnoszące się do „parametrów odpowiadających urządzeniom zaprojektowanym” Zamawiający powtórzył także w odpowiedziach na pytanie nr 4 z 14 kwietnia 2009 r. oraz na pytanie nr 1 z 15 kwietnia 2009 r.

Na podstawie powyższych ustaleń Izba stwierdziła, iż z zacytowanego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz udzielonych wyjaśnień wyraźnie wynika, iż Zamawiający jako podstawę oceny równoważności urządzenia jednoznacznie wskazał parametry urządzenia wskazanego w projekcie. Z tego powodu zawarte w odwołaniu rozważania Odwołującego dotyczące obowiązku badania przez Zamawiającego funkcjonalności zaoferowanych urządzeń, a nie ich

parametrów technicznych, w niniejszym postępowaniu nie mają podstaw jako niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i udzielonymi wyjaśnieniami.

Wykonawcy oferując produkt zamienny powinni byli odnieść się do wskazanych w dokumentacji projektowej parametrów tłoczni ścieków AWALIFT 0/2 firmy STRATE z pompami wirowymi ST 65/80 – 195.

Jednak sama wartość tych wskazanych parametrów budzi wątpliwości, bowiem dla tego urządzenia (AWALIFT 0/2) pojawia się wydajność zarówno 32,00 mSW, jak i 29,51 mSW w zależności od tego, czy jest to wartość katalogowa, czy obliczona w projektowanych warunkach. Zamawiający, określając warunki oferowania urządzeń równoważnych i odnosząc się do parametrów wskazanych urządzeń, nie wyjaśnił do której z wartości, w przypadku takiej rozbieżności, ma się odnieść wykonawca w ofercie.

Zatem, zdaniem Izby, należy przyjąć, iż osiągnięcie któregokolwiek z tych parametrów, będzie spełniało wymagania postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący przedstawił Zamawiającemu tylko kartę katalogową GRUNDFOS SEV.80.80.75.2.51D podającą wyłącznie wartość katalogową wysokości podnoszenia 31mSW, nie załączył natomiast obliczeń teoretycznych osiągow urządzenia w projektowanych warunkach.

Jednak z brzmienia punktu II ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika wyraźnie, iż wykonawca oferujący produkty równoważne miał takie obliczenia przedstawić. Zamawiający wspomina co prawda o „złożeniu stosownych dokumentów uwiarygadniających” oferowane urządzenia, ale nie precyzuje, jakie to mają być dokumenty i jaką treść muszą zawierać. Postanowienie to może być więc w różny sposób interpretowane, gdyż różne podmioty mogą inaczej postrzegać „wiarygodność” i przydatność przedstawionych danych. Także w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z 4 maja 2009 r. Zamawiający wzywa ogólnie do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające, że zastosowane przepompownie są równoważne do urządzeń opisanych w projekcie (tłocznie T1, T2, T3, T5, T6, T7, T8, T9) i posiadają parametry nie gorsze niż urządzenia, które zastępują.

Poza tym warto zwrócić uwagę, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – ani w punkcie II ppkt 3, ani w punkcie VI zawierającym listę dokumentów, które należy przedstawić na etapie złożenia oferty, nie wskazuje wyraźnie, że owe „dokumenty uwiarygodniające” muszą być mu przedstawione wraz z ofertą.

Ponieważ konsekwencje zaniechania przedłożenia tych dokumentów byłyby dla wykonawców bardzo restrykcyjne, gdyż skutkowałyby odrzuceniem oferty, zdaniem Izby, nie można interpretować tego postanowienia rozszerzająco ponad to, co *expressis verbis* wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji. Nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej z 28 maja 2009 r. powoduje, iż ostatnią skuteczną czynnością w tym zakresie będzie wybór oferty najkorzystniejszej z 11 maja 2009 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122) uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedstawionej faktury w maksymalnej wysokości dopuszczonej rozporządzeniem, tj. 3 600 zł.



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....